

Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?

Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española.

Alicia Gil Gil

UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Abstract

El presente artículo analiza la primera decisión del TEDH inadmitiendo la demanda contra España interpuesta por familiares de las víctimas de los crímenes de la guerra civil y sus antecedentes ante la jurisdicción española: Se comentan por tanto diversas resoluciones judiciales, desde el Auto de Baltasar Garzón de 16 de octubre de 2008, pasando por la sentencia del Tribunal Supremo en la que declara los hechos prescritos y amnistiados e inaplicables los tipos penales internacionales, hasta llegar a la decisión de inadmisibilidad del TEDH de 27 de marzo de 2012, en el caso GUTIÉRREZ DORADO y DORADO ORTIZ contra España. En ella el Tribunal pone límites a su reciente doctrina de las obligaciones procesales continuadas que le había permitido aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de forma retroactiva.

This article analyzes the first decision of the ECHR, declaring inadmissible the application against Spain, brought by relatives of victims of the crimes of the civil war, and the history of this case before the Spanish courts: The article discusses several judgments, among others: Baltasar Garzon's decision of 16 October 2008; the Supreme Court judgment of February 27, 2012, in which the court states that criminal proceedings are time-barred, crimes are amnestied, and international criminal law is not applicable; and the inadmissibility decision of the ECHR of 27 March 2012, for GUTIÉRREZ DORADO and DORADO ORTIZ against Spain. In this decision the Court places limits on its recent doctrine of procedural and continued obligations, which had allowed him in the last years to apply retroactively the European Convention on Human Rights.

Der folgende Artikel analysiert die erste Entscheidung des EGMR, die die Klage gegen Spanien von Angehörigen der Opfer der Verbrechen des Bürgerkriegs, für unzulässig erklärt, und die früheren Entscheidungen der spanischen Gerichte. So der Artikel beschreibt unter anderem: die Entscheidung dem Richter Baltasar Garzon vom 16. Oktober 2008, das Obersten Gerichtshofs Urteil vom 27. Februar 2012, in denen das Gericht erklärt, dass die Verbrechen verjährt und begnadigt sind, und die Tatbestände des Völkerstrafrecht nicht anwendbar sind, und die Unzulässigkeit Entscheidung des EGMR vom 27. März 2012, im Fall GUTIÉRREZ DORADO und DORADO ORTIZ gegen Spanien. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof Grenzen seiner jüngsten Lehre über Verfahrens-und anhaltende Verpflichtungen gesetzt, und damit auch zu der rückwirkenden Anwendung der Europäischen Konvention der Menschenrechte.

Title: The crimes of the Spanish Civil War: State responsibility for violations of Spain to the European Convention on Human Rights?

Titel: Die Verbrechen während des Spanischen Bürgerkriegs. Verantwortung des spanischen Staates für die Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte?

Palabras clave: Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derecho penal Internacional, crímenes de la guerra civil española y del franquismo, amnistía, responsabilidad estatal, obligaciones de investigar y perseguir, obligaciones procesales, obligaciones continuadas, retroactividad, caso Šilih, caso Varnava.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, International criminal law, crimes of the Spanish Civil War and Francoism, amnesty, state responsibility, obligations to investigate and prosecute, procedural requirements, continuing obligations, retroactive, Šilih case, Varnava case.

Stichwörter: Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Völkerstrafrecht, Verbrechen während des Spanischen Bürgerkrieges und des Franco-Regimes, Amnestie, Verantwortung des Staates, Verpflichtungen zu untersuchen und strafrechtlich zu verfolgen, verfahrensrechtlichen Pflichten, anhaltende Verpflichtungen, Rückwirkung, Šilih Fall, Varnava Fall.

Sumario

1. Antecedentes

1.1. El caso

1.2. Su tratamiento por la Justicia española

2. Los argumentos de los demandantes

3. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

4. Explicación y comentario a la decisión: La posibilidad de aplicación retroactiva del Convenio y sus límites

4.1. La obligación del Estado de investigar: las obligaciones procesales frente a la obligación de remedio efectivo del art. 13 CEDH

4.2. Las amnistías

4.3. La aplicación retroactiva (I): la doctrina Šilih y sus límites

4.4. La aplicación retroactiva (II): la doctrina Varnava

4.5. La desaparición de un familiar como tortura o trato inhumano

5. Conclusiones

6. Bibliografía

7. Tabla de Jurisprudencia

1. Antecedentes

1.1. El caso

En el presente artículo me propongo analizar la primera decisión del TEDH inadmitiendo la demanda de familiares de las víctimas de la guerra civil española contra España por infracción del Convenio Europeo de Derechos humanos: GUTIÉRREZ DORADO and DORADO ORTIZ against Spain, 30141/09 Court (Third Section), decisión de inadmisibilidad de 27 de marzo de 2012 y sus antecedentes ante la jurisdicción española.

Se trata de la demanda presentada contra el Reino de España por los familiares (hija y nieto) de Dorado Luque, un diputado socialista asesinado a principios de la guerra civil. La víctima fue secuestrada por fuerzas armadas en un tren que circulaba de Madrid a Málaga el día 18 de julio de 1936 y trasladada a la guarnición de Córdoba, donde existe constancia de que permaneció al menos hasta el día 28 de julio. Su familia no volvió a saber de él. Las pesquisas indican que probablemente fuese asesinado en la noche del 29 al 30 de julio de 1936. Incluso se sabe que pudo haber sido enterrado en una fosa común en el cementerio de Córdoba por las informaciones del hallazgo de un cadáver con la documentación de Dorado Luque en el bolsillo y por una inscripción en el libro del cementerio. Pero la familia no ha logrado exhumar y recuperar el cuerpo para constatarlo fehacientemente.

1.2. Su tratamiento por la Justicia española

Los demandantes en este caso habían agotado los recursos internos. Desde el 22 de mayo de 2006 habían acudido a la vía penal, pero tanto el Juzgado de primera instancia (11 de agosto de 2006) como la Audiencia Provincial de Córdoba (16 de octubre de 2006), habían declarado los hechos prescritos y amnistiados. Contra estas decisiones los demandantes recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional que rechazó el asunto por falta de contenido constitucional en su decisión de 14 de abril de 2008.

Los familiares de Dorado Luque intentaron también abrir la vía penal interponiendo una querrela ante la Audiencia Nacional el 14 de diciembre de 2006, que dio lugar a la iniciación de diversas actuaciones a partir del 28 de agosto de 2008 por parte de Juzgado de Instrucción n. 5 de la AN cuyo titular era el juez Baltasar Garzón. La más importante de estas actuaciones fue el Auto de 16 de octubre de 2008¹ en el que el juez afirma su competencia para conocer de los crímenes de la guerra civil y la posguerra y dicta una serie de medidas. El fiscal recurrió este Auto, pero, como es sabido, unos días más tarde -el 18 de noviembre- y antes de que la Sala se pronunciara, el juez se declaró incompetente para conocer de los hechos y se inhibió a favor de los juzgados territorialmente competentes. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resuelve contestando al recurso del Fiscal por Auto del Pleno de la Sala de lo penal 2 de diciembre de 2008 (ponente Javier Gómez Bermúdez), negando su competencia y en consecuencia la del Juzgado de Instrucción n. 5 para conocer de los hechos.

El 1 de junio de 2009 los familiares de Dorado Luque registran su demanda contra España ante el TEDH.

Entre tanto el caso se complicó notablemente en España con la interposición en enero de 2009 de una querrela por prevaricación contra el juez instructor Baltasar Garzón por el Sindicato Manos Limpias. El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre este asunto en su sentencia de 27 de febrero de 2012 (ponente Martínez Arrieta)². El TS en esta sentencia rechaza que en sistema penal español quepan los llamados “juicios por la verdad”, separando las tareas de jueces e historiadores³, defiende una aplicación estricta del principio de legalidad y la imposibilidad por tanto de calificar los hechos como crímenes contra la humanidad, aplicándoles después las supuestas consecuencias de esta categoría⁴, rechaza que la cláusula Martens sea fuente válida de

¹ Un comentario detenido a esta decisión puede verse en GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, p. 157 y ss.

² Un comentario a esta sentencia puede verse en MACULAN, «Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y del papel del juez-historiador: La aportación de la STS 101/2012», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (8), 2012, en prensa.

³ Siguiendo así las opiniones de PASTOR, «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?», *Jueces para la Democracia*, (59), 2007, pp. 106 y ss.

⁴ Solución que personalmente consideré más correcta, véase GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, pp. 114 y ss. Por el contrario a favor de los argumentos del Juez Garzón y con contra de los del TS véase ZAPICO, «La investigación de los crímenes del franquismo: Entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (14), 2010, pp. 891 y ss., con el tradicional argumento de la necesaria “flexibilización” (en realidad derogación) del principio de legalidad en Derecho penal internacional. En

derecho penal⁵, recuerda que los hechos están prescritos pues no constituyen crímenes contra la humanidad (por ser anteriores a tal tipificación)⁶ ni la imprescriptibilidad es aplicable retroactivamente según la jurisprudencia consolidada del TS español⁷. Según el TS los hechos tampoco constituyen detención ilegal agravada por no dar razón del paradero de la víctima (al no estar este delito vigente en la época)⁸, además de que la permanencia de la detención es una ficción después de tantos años de los hechos. El TS afirma que la prohibición de la amnistía se deriva de las obligaciones de recurso recogidas en los textos de derechos humanos, pero solo es aplicable para hechos cometidos tras la aprobación de los correspondientes tratados internacionales. En su opinión lo contrario supondría una aplicación retroactiva de dichos tratados. En el caso español los hechos amnistiados son anteriores a la firma del PIDCP⁹. Además, al respecto, el tribunal recuerda que la jurisprudencia de la CorteIDH no es aplicable a España y mantiene que la prohibición de la amnistía, aún si se considerase *ius cogens* (lo que no comparte) sería norma consuetudinaria muy posterior a nuestra ley española de amnistía y no aplicable retroactivamente ni aplicable tampoco por un tribunal español *contra legem* (por el principio de legalidad)¹⁰. Añade que la ley de amnistía fue fruto de la voluntad del pueblo español y símbolo de la superación del pasado y muestra de reconciliación y por tanto nada tiene que ver con las autoamnistías de algunos gobiernos dictatoriales. Reafirma la falta de competencia de Garzón para conocer de los hechos que ya declaró la propia AN. Y por último pone en duda que el magistrado desconociera que los imputados que eligió estaban muertos. Sin embargo el TS concluye que no hay prevaricación, pues el juez Garzón argumentaba su decisión mínimamente en derecho, y además actuó en beneficio de las víctimas. Concluye que por tanto solo hay errores del magistrado, pero que esto no da lugar al delito de prevaricación. Sigue por tanto aquí el TS su consolidada jurisprudencia de interpretación restrictiva del delito de prevaricación, a la que llega mediante la identificación del requisito típico de la injusticia de la resolución como aquella que representa un plus respecto de la mera ilegalidad, pues se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles¹¹.

contra de esta idea GIL GIL, «La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *ADPCP*, (63), 2011, pp. 131 a 164.

⁵ En el mismo sentido se había pronunciado AMBOS, en el prólogo a mi libro *La Justicia de transición en España*, 2009, p. 14 y yo misma en dicha obra, p. 124.

⁶ Así también GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, pp. 114 y ss.

⁷ Así también GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, pp. 117 y s.

⁸ Así también GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, p. 133 y nota 328.

⁹ Propone explorar la posibilidad de una inconstitucionalidad sobrevenida por vulneración del PIDCP TAMARIT SUMALLA, «Justicia penal, Justicia reparadora y comisiones de la verdad» en TAMARIT SUMALLA (coord.), *Justicia de Transición, justicia penal internacional y justicia universal*, 2010, p. 68, nota 70.

¹⁰ Sobre la discusión doctrinal acerca de la compatibilidad de las amnistías con el derecho internacional contemporáneo véase AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, (traducción al castellano de Ezequiel MALARINO), 2008, pp. 81 y ss., 122 y ss. Sobre el tema de las amnistías en los procesos de transición desde la doctrina española véase TAMARIT SUMALLA «Amnistía y transición» en VVAA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, v.2, 2009, pp. 1807 y ss. Sobre los efectos penales de la amnistía española de 1977 véase GARCÍA ARÁN «Repercusiones penales de la ley de amnistía de 1977» en VVAA, *30 años de la Ley de Amnistía: (1977-2007)*, 2009, pp. 187 y ss. Sobre la particular y excepcional aplicación de la ley de amnistía española que se realizó en el Caso Ruano véase GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, pp. 85 y ss.

¹¹ Sobre la interpretación por el TS del delito de prevaricación judicial véase BENLLOCH PETIT, «Delitos contra la Administración de Justicia» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 2006, p. 332 y ss., PALOMO DEL ARCO, «art. 446» en GÓMEZ TOMILLO (Coord.) *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2010, p. 2652 y ss.

Unos días después el Tribunal Supremo dictaría otra resolución importante en la materia, el Auto de 28 de marzo de 2012 (ponente Andrés Ibáñez). Y es que las víctimas de los crímenes de la guerra civil y del franquismo, al declarar la AN su incompetencia para conocer de los hechos, acudieron a los juzgados de sus localidades. Pero algunos juzgados, en desacuerdo con aquella resolución, interpusieron una cuestión de competencia que debía decidir el TS. El TS pospuso el análisis de este tema hasta que se resolviera el juicio contra Garzón por prevaricación. Y una vez resuelto ese caso ha retomado esta cuestión. En el Auto el TS se reitera fundamentalmente en lo decidido en la sentencia de febrero: recuerda que, como dijo en la misma, los hechos no pueden ser calificados como crímenes contra la humanidad por impedirlo el principio de legalidad y la irretroactividad de la ley penal desfavorable; recuerda que los hechos están prescritos, pues ni eran crímenes contra la humanidad, ni el delito de detención ilegal agravado por no dar razón del paradero estuvo vigente entre 1932 y 1944, ni es plausible que la persona haya seguido detenida para afirmar que no ha empezado a correr la prescripción; reitera que además los hechos están amnistiados (la ley de amnistía sigue vigente); confirma que no son competentes los juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional. Seguidamente el TS recuerda que, como también dijo el TS en su sentencia 101/2012 (caso contra Garzón), "no obstante las previsiones de la Ley de Amnistía y de la conocida como de la Memoria Histórica¹², están pendientes actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los restos, para dignificar a los asesinados y dar efectividad a la reconciliación perseguida con el primero de esos textos". A continuación reafirma los derechos de las víctimas y los correlativos deberes de los Estados, recogidos en tratados internacionales. Pero, aun rechazando la posibilidad de enjuiciar los hechos, afirma que lo dicho no excluye que: "en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización – salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible – pueda instarse del Juez de Instrucción competente según el art. 14,2 Lecrim, la práctica de las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho. Pues si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista – por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10,1º CE), y hasta por razones de policía sanitaria mortuoria (D. 2263/1974, de 20 de julio) – es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles".

Las palabras del TS parecen algo ambiguas, pues a la vez que habla del derecho de las víctimas y de la posibilidad del juez de intervenir, posibilidad que, según interpreto, permite que el juez penal abra la fosa, identifique y date los restos para a continuación declarar en su caso extintas las responsabilidades si se comprueba que son crímenes de la guerra civil o la posguerra, lo condiciona a que "de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela (no) se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible".

¹² Se refiere a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, BOE de 27/12/2007, popularmente conocida como Ley de la Memoria Histórica.

En mi opinión con ello el TS se está ratificando en la idea ya establecida en su sentencia de febrero de rechazar la instrumentalización del proceso penal para fines ajenos a los de establecer una responsabilidad penal. Cuando está claro desde la *notitia criminis* que no existe responsabilidad criminal no es el juez penal el que debe ocuparse de la exhumación. Probablemente quede así en manos de cada juez y dependiente a su vez de la forma de dirigirse a él el que las actuaciones puedan variar en cada caso, según el juez local interprete que existen o no datos suficientes sobre la fecha y circunstancias de la muerte de las personas cuyos restos quieren exhumarse. Por ello en el mismo auto el TS ofrece a las víctimas otras opciones:

-la propia Ley de Memoria Histórica, que también prevé los procedimientos para la apertura de fosas (aun que como ya hemos denunciado¹³ sean laboriosos para las víctimas y lentos¹⁴)

-y la vía civil: expedientes de jurisdicción voluntaria, informaciones para perpetua memoria, declaraciones de ausencia y fallecimiento, inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura.

Según el relato contenido en la decisión del TDH los familiares también habían intentado la exhumación con base en la Ley de Memoria Histórica. Pero no tuvieron éxito, por encontrarse la fosa común, según la explicación del Ayuntamiento de Córdoba, debajo de otras 39 tumbas para las que no se ha dado el permiso de traslado por parte de los familiares.

Sí consiguieron, en cambio, la declaración de fallecimiento por la vía civil y la pensión de viudedad para la esposa de la víctima en 1993. Los tribunales civiles declararon que la víctima había fallecido el 30 de julio de 1936.

¹³ GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, pp. 97 y s. Sobre las deficiencias de la Ley en este aspecto también TERRADILLOS BASOCO, «La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica», *Revista Penal*, (25), 2010, p. 156, TAMARIT SUMALLA, «Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain», *Journal of International Criminal Justice*, (9), 2011, p. 743.

¹⁴ En 2011 el Ministerio de Justicia publicó el mapa de fosas de la guerra civil y la represión política posterior en el que se representan 2.246 localizaciones de las fosas de las que tiene constancia La Oficina para las Víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura -creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, en su reunión de 19 de diciembre de 2008, Orden del Ministerio de Presidencia PRE/3749/2008, de 22 de diciembre (BOE nº 309 de 24 de diciembre)-. Las fosas se clasifican en no intervenida, desaparecida, exhumada total o parcialmente, trasladada al Valle de los Caídos o agrupada. En mayo de 2011 se habían recuperado los restos de 5.407 víctimas. Quedaban por abrir al menos 1.203 fosas comunes. También se elaboró un Protocolo para exhumaciones que tiene como finalidad fijar unos procedimientos y requisitos técnicos, materiales y humanos para garantizar la preservación de los restos. Este protocolo ha sido remitido a las Comunidades Autónomas que tienen la competencia para aplicarlo, así como a la Federación Española de Municipios y Provincias y a las Asociaciones de Memoria Histórica de ámbito nacional. También se ha informado a las familias de la imposibilidad técnica de identificar los restos de republicanos trasladados sin el permiso de sus familiares al Valle de los Caídos, por encontrarse mezclados y altamente deteriorados, según los informes de los forenses. En el Valle de los Caídos se encuentran los restos de 33.847 personas víctimas de ambos bandos de la Guerra Civil, nacionalistas y republicanos, que desde 1959 hasta 1983 fueron llevados desde 491 fosas comunes repartidas por toda España y cementerios. Toda la información en <http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/es/inicio> (último acceso 6 abril 2012). Desde entonces se han seguido realizando exhumaciones, véase hace tan solo unos días la noticia de la apertura de una fosa en una localidad burgalesa: http://politica.elpais.com/politica/2012/04/05/actualidad/1333653419_849770.html (último acceso 6 de abril de 2012) y sobre las 300 fosas abiertas en los últimos años http://politica.elpais.com/politica/2012/02/18/actualidad/1329586068_117798.html (último acceso 6 de abril de 2012).

2. Los argumentos de los demandantes

Los demandantes esgrimieron la responsabilidad del Estado a pesar de producirse la muerte muchos años antes de la entrada en vigor para España del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello se apoyaron en el caso *Šilih v. Slovenia* [GC], no. 71463/01, 9 April 2009 y argumentan la existencia de una serie de obligaciones procesales derivadas del art. 2 (derecho a la vida) que surgirían y permanecerían tras la entrada en vigor de la Convención. También argumentan infracción continuada del art. 3 (prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes) por el sufrimiento que la desaparición de su familiar y los numerosos obstáculos a la exhumación y por tanto al correcto enterramiento de sus restos (infracción a su vez del art. 8, derecho a la vida privada y familiar) les ha causado todos estos años. Argumentan también infracción del derecho a la libertad y seguridad (art. 5), y del art. 13 (derecho a un recurso efectivo). Todas las violaciones alegadas serían según los demandantes de naturaleza procesal (pues las materiales -la detención y la muerte- se habrían cometido antes de la entrada en vigor de la Convención). Y además serían de naturaleza continuada y permanecerían en la actualidad.

3. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH recuerda que la Convención no se aplica a hechos cometidos antes de su entrada en vigor, pero que en *Šilih v. Slovenia* el propio tribunal había abierto la puerta a posibles excepciones a esta regla. A continuación llama la atención sobre el hecho de que el Convenio entró en vigor para España más de 40 años después de la detención ilegal y muerte de Dorado Luque. La muerte de Dorado Luque queda por tanto claramente fuera de la competencia del tribunal. Pero le queda por analizar la infracción de las obligaciones procesales derivadas del artículo 2, autónomas y de carácter continuado según afirmó el tribunal en casos como *Šilih v. Slovenia*.

A este respecto el Tribunal, aun reconociendo su jurisprudencia anterior de la que no se desdice, y afirmando por tanto la existencia de una obligación de investigar contenida en el art. 2, autónoma y que puede dar lugar a una infracción del Convenio aún cuando la muerte se haya producido antes de la entrada en vigor del mismo, por ser continuada, recuerda sin embargo que existen unos criterios de racionalidad en la aplicación retroactiva de la Convención, y que:

“el art. 2 obliga al Estado durante el periodo en el que razonablemente se puede esperar de las autoridades que tomen medidas dirigidas a esclarecer las circunstancias de la muerte y dirimir responsabilidades” “La jurisdicción temporal del Tribunal en relación con el cumplimiento de las obligaciones procesales en el caso de acontecimientos que ocurren antes de la fecha crítica no es abierta, sin límite”. Como ya dijo en el caso *Šilih*, debe haber una conexión entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio, y recuerda que en el presente caso no solo los hechos son anteriores a la entrada en vigor de la Convención para España, sino que ocurren 14 años antes de la propia adopción del Convenio Europeo de Derechos humanos (1950), por lo que resulta difícil afirmar esa conexión entre la muerte (1936) y la entrada en vigor del Convenio para España (1979).

A continuación examina la vía iniciada por la doctrina del caso *Varnava and Others v. Turkey*. Como explicaremos *infra*, en *Varnava* el TEDH afirmó que una desaparición en circunstancias de

peligro de muerte también hacía surgir las obligaciones procesales del art. 2 aunque la desaparición fuera anterior a la entrada en vigor del Convenio, por ser una infracción continuada. Además para estos supuestos prescindía de los requisitos de conexión temporal entre la muerte y la entrada en vigor que había establecido en *Šilih v. Slovenia*.

Pero el Tribunal también declara inaplicable al caso esta doctrina. En su opinión los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de recurrir una infracción del Convenio, pues con el paso del tiempo las pruebas se pierden y la investigación se hace cada vez más difícil. Y recuerda en este sentido su jurisprudencia anterior que establece la inadmisibilidad cuando el demandante ha dejado pasar un amplio periodo de tiempo sin realizar ninguna actividad ni interponer la demanda ante el TEDH.

El TEDH afirma que la desaparición ocurre en un conflicto armado interno (este dato es muy importante pues determinaría el derecho aplicable a los hechos¹⁵). Reconoce las dificultades para los demandantes por la Ley de Amnistía, sobre cuya supuesta invalidez o no se pronuncia en absoluto. Pero afirma que ello no descarga a los demandantes de su obligación de diligencia y de traer el caso ante el TEDH sin retraso. Desde 1981, fecha en que España reconoce la posibilidad de las víctimas de acudir al Tribunal, los demandantes tardaron 25 años en iniciar el proceso ante los tribunales españoles y 28 en llegar al TEDH. Por ello inadmite la demanda por presentada fuera de plazo.

4. Explicación y comentario a la decisión: La posibilidad de aplicación retroactiva del Convenio y sus límites

4.1. La obligación del Estado de investigar: las obligaciones procesales frente a la obligación de remedio efectivo del art. 13 CEDH

Para entender la evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la definición de las obligaciones de los Estados y su extensión retroactiva es preciso prestar atención a la jurisprudencia de su homónima americana. Uno de los aspectos en los que más activa se ha mostrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los crímenes internacionales ha sido en el desarrollo del llamado “deber de garantía” que vinculado a la figura de los “remedios efectivos” le ha servido para construir toda una batería de obligaciones de los Estados de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones de derechos humanos.

Y dando unos pasos más a declarar la inamnistabilidad, e imprescriptibilidad de determinados delitos considerados graves violaciones de derechos humanos¹⁶.

¹⁵ Queda excluida la aplicación el todo el derecho internacional de la guerra, que hasta 1949 (Convenios de Ginebra) no contemplaba los conflictos armados internos. El Derecho penal internacional tampoco contempló los crímenes de guerra en conflictos internos en su origen. Así lo ha afirmado el propio TEDH en *Kononov v. Letonia*, 36376/04 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 17 May 2010, parag. 210: “... in 1944 a nexus with an international armed conflict was required to prosecute acts as war crimes... The relevant nexus was a direct connection between the alleged crime and the international armed conflict so that the alleged crime had to be an act in furtherance of war objectives”

¹⁶ Sobre esta jurisprudencia con detalle: CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la*

El TEDH ha desarrollado igualmente los deberes del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos. Pero la interpretación que el TEDH venía dando a la obligación de poner recursos a disposición de las víctimas (art. 13 CEDH) no ha ido tan lejos y ha sido más respetuosa con la soberanía de los órganos legislativos nacionales que la seguida por la CorteIDH¹⁷.

Aun manteniendo diferencias sustanciales¹⁸, hay que señalar sin embargo una evolución de la jurisprudencia del TEDH en este terreno. El TEDH ha manifestado en diversas resoluciones que la obligación de los Estados de proteger un derecho (en cualquier circunstancia y no solo en los casos de crímenes internacionales, o de las más graves violaciones) incluye la de investigar las circunstancias en que se produce su violación¹⁹. Pero en los últimos años de ahí deriva posteriormente que por ello la no realización de tal investigación, por ej. no investigar la muerte de una persona sucedida como consecuencia del uso de la fuerza para poder descartar la vulneración del derecho a la vida, supone una infracción directa del art. 2 CEDH e independiente de la violación primaria (la muerte de la víctima)²⁰. Como veremos en el epígrafe siguiente ello le ha permitido muy recientemente imponer a los Estados obligaciones de manera retroactiva.

De esta forma la obligación de investigar podría tener dos diferentes apoyos:

-el art. 13 cuando se ha constatado una violación, llamémosla primaria o sustantiva, del CEDH, por ejemplo una muerte que se puede calificar de violación del Convenio, por encontrarse éste vigente para el Estado en cuestión en el momento de los hechos y haberse probado la participación de agentes del Estado en su comisión, y

paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana, 2007, en especial pp. 235 y ss., 434 y ss., AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. I, 2010, pp. 25 y ss., 211 y ss., 263 y ss., 491 y ss., GIL GIL, «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, pp. 312 y ss. Sobre el derecho a interponer un recurso efectivo en la jurisprudencia internacional con mayores detalles CHINCHÓN ÁLVAREZ/VICENTE MÁRQUEZ, «La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (19), 2010, pp. 6 y ss.

¹⁷ Véase muy crítico con la actuación de la Corte Interamericana MALARINO, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. I, 2010, pp. 25 y ss.

¹⁸ Sobre las mismas con detalle GIL GIL en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, pp. 316 y ss.

¹⁹ Así por ej en el caso *Kaya v. Turquía*, sentencia de 19 de febrero de 1998 el Tribunal afirma: “The obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms in [the] Convention”, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, *inter alios*, agents of the State (see the above-mentioned *McCann and Others* judgment, p. 48, § 161)”,

²⁰ Caso *Šilih v. Slovenia*, sentencia de 9 Abril 2009, parag. 154: “The Court notes the State’s obligation to carry out an effective investigation or to provide for the possibility of bringing civil or criminal proceedings as may be appropriate to the case (*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I) has in the Court’s case-law been considered as an obligation inherent in Article 2 which requires, *inter alia*, that the right to life be “protected by law”. Although the failure to comply with such an obligation may have consequences for the right protected under Article 13, the procedural obligation of Article 2 is seen as a distinct obligation (see *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 148, ECHR 2004-XII; and *İlhan*, cited above, §§ 91-92)”.

-además un apoyo directo en cada uno de los preceptos que afirman cada uno de los derechos fundamentales, como obligación procesal contenida en los mismos²¹. Esta obligación procesal sería independiente de la constatación de una violación material o primaria del Convenio. Este sería el caso por ejemplo si no puede afirmarse tal violación material porque precisamente por la falta de investigación no se ha probado que los autores de la muerte fueran agentes del Estado²². Esta argumentación ha sido criticada por la doctrina por realizar una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado investigado²³. Y también sería el caso cuando por ejemplo la muerte se cometió antes de estar vigente el Convenio para el Estado en cuestión²⁴, a pesar de lo cual el Estado puede incurrir en responsabilidad por no haber protegido suficientemente la vida a través de la criminalización, investigación y persecución penal en su caso²⁵. Esta segunda interpretación ha servido al TEDH como veremos en el siguiente epígrafe, para hacer una aplicación retroactiva de su jurisdicción.

El TEDH además ha interpretado el art. 13 CEDH en el sentido de que el remedio apropiado que la Convención obliga a poner a disposición de las víctimas exige una investigación efectiva capaz de llevar a la identificación y castigo de los culpables. Además dicho remedio (la investigación) debe ser "efectiva" en la práctica, así como en la legislación, en particular en el sentido que no deben ser injustificadamente obstaculizada por los actos u omisiones de las autoridades²⁶.

En el caso que nos ocupa, al rechazar la demanda por extemporánea, el tribunal no especifica si, de haberse presentado en plazo sería o no argumentable una violación del Convenio por parte del Estado español por vía de las obligaciones procesales.

4.2. Las amnistías

Tal y como ya mencioné más arriba la CorteIDH ha derivado de las obligaciones de los Estados de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones de derechos humanos la inamnestiabilidad²⁷ e imprescriptibilidad²⁸ de determinados delitos considerados graves

²¹ AMBOS/BÖHM, «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. tribunal audaz?», en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, pp. 56 y ss. y 61 y ss.

²² Así por ej. en el caso Erikson v. Italy, 37900/97, Court (First Section) Decisión sobre la admisibilidad del 26 de octubre de 1999, Kaya v. Turkey, 158/1996/777/978, Fallo del 19 de febrero de 1998, para. 78 y 86.

²³ Véase SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, 2009, p. 129 y ss.

²⁴ Véase la sentencia del TEDH de 9 Abril 2009 en el caso Šilih v. Slovenia, 71463/01 Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction) Parag. 159

²⁵ Sobre esta extensión SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, 2009, p. 118 y ss. Para esta autora lo que establece el TEDH son deberes generales de evitar un clima de impunidad, como forma de proteger los derechos humanos en general, pero aunque lo hace a raíz de quejas individuales en la jurisprudencia del TEDH el castigo penal de los autores no es requerido como un remedio para la víctima individual.

²⁶ Sobre las diferencia a pesar de ello con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que va mucho más lejos, véase GIL GIL en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, p. 316 y ss.

²⁷ Caso Barrios Altos contra Perú, serie C, n.o 75, sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo), § 43, Almonacid Arellano y otros contra Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.o 154, § 105-113, 116, 119

²⁸ Caso de la Comunidad Moiwana contra Surinam, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.o 124, § 144 y ss., § 167, Caso Bulacio contra Argentina, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.o 100, § 106-108, 113 y ss. Sobre toda esta jurisprudencia véase con detalle DONDÉ MATUTE, «El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. I, 2010, pp. 263 y ss., PASTOR, «La

violaciones de derechos humanos. Por ello probablemente el pronunciamiento más esperado por los demandantes en ésta y otras demandas interpuestas contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por los crímenes de la guerra civil y del franquismo (falta por resolver *Negrín c. España* y *Garzón c. España*²⁹) era una declaración sobre la invalidez de la Ley de Amnistía de 1977. Ya expresé en otro lugar mi opinión de que la regla que prohíbe las amnistías de determinados crímenes internacionales surge de una interpretación jurisprudencial realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los años 2000, y podría quizás defenderse que ha adquirido con posterioridad el grado de regla consuetudinaria incorporada en el Estatuto de Roma, aunque incluso esto es dudoso hasta que la Corte penal Internacional se enfrente a una ley de amnistía y decida cómo se aplican los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de Roma. En todo caso, en mi opinión, tal regla de derecho internacional no sería aplicable retroactivamente y no afectaría por tanto a la Ley de amnistía española³⁰.

Lo cierto es que TEDH nunca ha ido tan lejos como la Corte IDH en el tema de las amnistías, y ello porque el TEDH impone más bien una obligación de medios, y no de resultados³¹. El TEDH ha sido, al contrario que su homónima americana, sumamente cauto y hasta ambiguo en sus pronunciamientos sobre la compatibilidad o no de las leyes de amnistía con la Convención y en particular con las obligaciones de investigación emanadas de las obligaciones procesales contenidas directamente en los artículos 2, 5 u 8 y la obligación de recurso del art. 13.

Así, en 1991, en el caso *Dujardin contra Francia*, la Comisión Europea de Derechos Humanos dio validez a una ley de amnistía aprobada en referéndum popular y posteriormente por la Asamblea Nacional francesa, con vistas a conceder la independencia a Nueva Caledonia³² y que se extendía a hechos que pueden calificarse como crímenes de guerra. En contra de los argumentos de los demandantes³³ la Comisión rechazó la demanda negando que la amnistía supusiera una violación del art. 2 (derecho a la vida). Para ello argumentó su carácter excepcional y su finalidad de resolver los conflictos entre las diversas comunidades del archipiélago, y la capacidad del Estado para hacer uso de su política criminal en busca de un equilibrio entre sus legítimos intereses y el derecho de los individuos de ver protegido por ley su derecho a la vida³⁴.

deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva doctrina penal*, (1), 2005, pp. 73 y ss., PARENTI, «La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos» en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. I, 2010, pp. 215 y ss.

²⁹ Si llegó a interponerse la demanda que en nombre del juez español anunció y difundió un bufete de abogados británico, lo que no he podido comprobar.

³⁰ GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, 2009, pp. 100 y ss. y 163 y ss. También TAMARIT SUMALLA, *Journal of International Criminal Justice*, (9), 2011, p. 745 y s.

³¹ AMBOS/BÖHM en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, p. 62.

³² *Dujardin et autres contre la France*, 16734/90, Commission, Décision de 02/09/1991.

³³ Las víctimas eran familiares de gendarmes franceses que según el relato fáctico de la decisión habían sido asesinados por unos cincuenta asaltantes, estando desarmados, en el curso del conflicto contra la presencia francesa en el territorio.

³⁴ «l'Etat est en droit d'adopter, dans le cadre de sa politique criminelle, les lois d'amnistie qu'il juge nécessaires à condition toutefois qu'un équilibre soit ménagé entre les intérêts légitimes d'un Etat et l'intérêt des justiciables à ce que le droit à la vie soit protégé par la loi. En l'occurrence, la Commission estime qu'un tel équilibre a été respecté et qu'il n'a, dès lors, pas été porté atteinte à la disposition précitée.»

También reiteró que la amnistía no suponía una infracción del art. 6 del convenio, en tanto el derecho al proceso justo es un derecho del imputado y no comprende el derecho de las víctimas a provocar el ejercicio de un proceso penal³⁵.

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse de nuevo sobre el problema de las amnistías en el caso Ould Dah c. Francia³⁶, en 2009. Su pronunciamiento puede calificarse de tibio en relación con los realizados por su homónima americana³⁷. A pesar de afirmar que “al igual que el Comité de Derechos Humanos y el TPIY, el tribunal considera que las amnistías son *generalmente* incompatibles con el deber de los Estados de investigar...³⁸”, a continuación matiza que “ciertamente no podemos excluir la posibilidad de un conflicto entre, por un lado, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos, y, por otro, el deseo de reconciliación del cuerpo social de un país”, a lo que añade que sin embargo en el caso concreto no se ha realizado tal proceso de reconciliación³⁹, con lo que parece seguir la línea de argumentación iniciada en Dujardin contra Francia. El tribunal no llega a expresar de manera tajante que considere nulas en Derecho internacional las leyes de amnistía en general, aunque afirma: “Sin embargo, como el Tribunal ya ha señalado, la prohibición de la tortura ocupa un lugar destacado en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.

Por tanto, no puede ponerse en entredicho la obligación de juzgar esos actos concediendo la impunidad mediante la adopción de una ley de amnistía que podría ser considerada como abusiva según el derecho internacional”.

³⁵«le droit d'accès à un tribunal contenu dans l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne s'étend pas au droit de provoquer l'exercice de poursuites pénales».

³⁶ Ould Dah c. Francia, 13113/03, Cour (Cinquième Section) Decisión de 17 de marzo 2009.

³⁷ En cambio GARCÉS, «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo» en TAMARIT SUMALLA (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, 2010, p. 178, interpreta que en esta sentencia el TEDH “ha reiterado la incompatibilidad entre los delitos objeto del artículo 7.2 del CEDH y la amnistía”. Sin embargo, estimo que el TEDH no manifiesta esa incompatibilidad de manera tajante y absoluta, y en segundo lugar, los delitos por los que el demandante fue juzgado en Francia eran delitos comunes de tortura, y en ningún lugar se establece su calificación como o su relación con aquellos a los que se pudiera referir el art. 7.2.

³⁸ Cursiva añadida.

³⁹ La ley de amnistía mauritana es de 1993 y extiende sus efectos a hechos ocurridos en 1990 y 1991. Los pronunciamientos de órganos internacionales sobre la incompatibilidad de las amnistías con los deberes de investigar comienzan en los años 2000. De hecho la Comisión IDH no condenó la amnistía guatemalteca cuando tuvo la oportunidad en 1983 –véase sobre este dato y sobre la evolución de la consideración de las amnistías en el sistema interamericano de protección de derechos humanos SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, 2009, p. 85 y ss.- Una referencia detallada a los pronunciamientos de instituciones internacionales contra las amnistías puede verse en la reciente sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (*Fondo y Reparaciones*) Caso Gelman vs. Uruguay, margs. 195 y ss. A pesar de que la idea se desarrolla en dicha época la Corte la ha aplicado a normas sobre amnistía anteriores, especialmente de finales de los 80 y los 90, e incluso recientemente a la ley de amnistía brasileña -ley n° 6.683-, de 28 de agosto de 1979, siendo esta la norma sobre amnistía más antigua sobre la que se ha pronunciado hasta el momento - Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), aplicando además en este caso la Convención retroactivamente, recurriendo para ello a la ficción de la violación independiente y permanente (véase GIL GIL, «Breve comparación de los mecanismos de superación del pasado adoptados en las transiciones brasileña y española» en VVAA, *Transición y gobernabilidad. La administración de la Defensa en Brasil y España*, 2012 (en prensa) -. Con detalle sobre el tratamiento de las amnistías por la Corte DONDÉ en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. I, 2010, pp. 277 y ss.

SEIBERT-FOHR⁴⁰ afirma que de estas decisiones se deduce que para la Comisión la búsqueda de la reconciliación puede ser un fin legítimo que justifique ciertas restricciones en relación con el castigo de los autores y al contrario que las americanas, las instituciones europeas reconocerían una diferencia entre el derecho sustantivo y su protección procesal, pues si bien el primero no puede ser derogado bajo ninguna circunstancia, un Estado podría abstenerse de persecuciones penales para resolver conflictos internos. De esta manera las amnistías se entenderían en el sistema europeo de derechos humanos según esta autora como un asunto perteneciente a la esfera política con un único límite absoluto: cuando la amnistía tiene la intención precisamente de proteger a los delincuentes contra la rendición de cuentas creando de esta manera un clima de impunidad que favorece que se sigan cometiendo las violaciones de derechos humanos.

A esta última idea responderían precisamente una serie de decisiones contra Turquía dictadas en los últimos años en las que en afirmaciones hechas en *obiter dicta*⁴¹ parece rechazar la amnistía, el indulto y la prescripción para el delito de tortura⁴². Y es que aunque el TEDH no haga ninguna referencia a ello en las decisiones citadas, lo cierto es que Turquía ha sido condenada por cerca del cincuenta por ciento del total de casos en que se ha declarado la violación del artículo 3 del CEDH en el último decenio. Por ello parece que el tribunal castiga el clima de impunidad generado por el Estado, que favorece la comisión de esta violación de derechos humanos⁴³.

Algunos autores han querido ver en estas decisiones sin embargo un cambio del Tribunal respecto de su jurisprudencia anterior y un acercamiento a las posiciones de la Corte Interamericana.

La propia Corte en una cita errónea, ejemplo de la deficiente utilización de la jurisprudencia ajena⁴⁴, ha esgrimido de forma tergiversada estas decisiones⁴⁵.

⁴⁰ SEIBERT-FOHR, *Prosecuting serious human rights violations*, 2009, pp. 141 y ss.

⁴¹ En estas decisiones en realidad el TEDH no se ha enfrentado a una verdadera ley que amnistie las torturas, sino a casos de no investigación o no persecución de facto de torturas cometidas por la policía turca. El supuesto más parecido a una ley de amnistía que ha tratado es el de una ley turca que preveía la suspensión de la ejecución de la sentencia en delitos menos graves cometidos antes de determinada fecha. Así en el caso *Ali y Ayşe Duran v. Turkey* 42942/02 Judgment (Merits and Just Satisfaction) 08/04/2008 marg. 69, el Tribunal afirmó que la suspensión de la ejecución de la pena de prisión en aplicación de la mencionada ley podía equipararse a la amnistía parcial y por tanto contradecía su jurisprudencia sobre torturas y malos tratos en tanto garantizaba la impunidad. Lo curioso es que la ley excluía expresamente la tortura de los delitos cuya ejecución podía ser suspendida, y que en el caso concreto la suspensión había sido posible porque los policías no habían sido condenados por tortura –al no poder probarse según el tribunal turco el móvil específico del delito de torturas, que sin embargo no aparece recogido en el art. 3 CEDH- sino por homicidio imprudente.

⁴² En una serie de sentencias el tribunal repite que “es de suma importancia que los procesos penales y las sentencias por las torturas y malos tratos cometidos por agentes del Estado no prescriban y además no *deberían* permitirse las amnistías e indultos de estos delitos” véase *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, Application No. 32446/96, Judgment (Merits and Just Satisfaction) 2 noviembre 2004, parag. 55, el caso *Yeter v. Turkey*, 33750/03 Court (Second Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction) 13 enero 2009, parr. 70, reitera que los procesos y las penas por delitos de tortura cometidos por agentes del estado no deben prescribir y que *no debería* permitirse la concesión de una amnistía o indulto, y también en *Ali y Ayşe Duran v. Turkey* 42942/02 Judgment (Merits and Just Satisfaction) 08/04/2008 marg. 69.

⁴³ Véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, «Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos *Getirem*, *Kemal Kahraman*, *Osman Karademir*, *Osmanoğlu*, *Balçık* y otros, contra Turquía», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), 2009, p. 612.

⁴⁴ Sobre este efecto véase GIL GIL, «La fertilización cruzada de jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena», *Revista de Derecho penal*, 2011, pp. 111 y ss.

Para comprobar si efectivamente ha habido un cambio de opinión sobre las amnistías o si por el contrario se puede mantener la opinión de SEIBERT-FOHR de que los órganos europeos distinguirían entre amnistías que ponen fin a un conflicto, compatibles con el Convenio, frente a aquellas que generan un clima de impunidad y favorecen la continuidad en la comisión de violaciones de derechos humanos, habrá que esperar a que el Tribunal tenga que decidir de nuevo en un caso de amnistía tras un cambio de régimen. La oportunidad por tanto era la adecuada, pues este era en teoría el caso precisamente de la amnistía española. Sin embargo para decepción de quienes esperaban un definitivo esclarecimiento de la postura del TEDH respecto de la compatibilidad o no de las amnistías o de determinados tipos de amnistías con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal en su decisión aquí comentada menciona la ley de amnistía española sin pronunciarse en absoluto sobre su invalidez o incompatibilidad con el Convenio.

4.3. La aplicación retroactiva (I): la doctrina Šilih y sus límites

El TEDH venía manteniendo en jurisprudencia constante hasta el año 2009 que el Convenio no es aplicable a hechos cometidos antes de su entrada en vigor⁴⁶. Ni siquiera admitía que una falta de investigación de una muerte cometida antes de la entrada en vigor del CEDH constituyera una violación del Convenio⁴⁷, pues proceder de tal manera constituiría una imposición al Estado de obligaciones dimanantes del Convenio de forma retroactiva⁴⁸.

⁴⁵ Así en su decisión en el Caso *Gelman vs. Uruguay* sentencia de 24 de febrero de 2011, parag. 213, la Corte Interamericana cita frases extraídas de las sentencias que acabamos de comentar contra Turquía cambiando su contenido. Así donde el Tribunal se expresa a modo de consejo (the granting of an amnesty or pardon *should not* be permissible) la Corte cambia la expresión del Tribunal por una prohibición categórica “no se deben permitir amnistías o perdones”, e incluso confunde el derecho fundamental al que se refiere el Tribunal (como dijimos sólo ha hecho estas manifestaciones en relación con la prohibición de la tortura y los malos tratos) afirmando erróneamente que se refiere en cambio al derecho a la vida.

⁴⁶ *Blečić, v. Croacia*, 59532/00 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) sentencia de 8 Mayo de 2006, parag. 70: “The Court reiterates that, in accordance with the general rules of international law (see paragraph 45 above), the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party (see, for example, *Kadiķis v. Latvia* (dec.), no. 47634/99, 29 June 2000), también en *Moldovan y otros v. Rumania*, The European Court of Human Rights (First Section), partial decision as to the admissibility, 13/03/2001. Esto lo sigue afirmando en cada sentencia aunque luego lo incumpla, véase *Varnava y otros v. Turquía*, sentencia de 18 Septiembre 2009, parag. 130: “It is beyond dispute that in accordance with the general rules of international law (see, in particular Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969) the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party”.

⁴⁷ *Moldovan y otros v. Rumania*, (First Section), partial decision as to the admissibility, 13/03/2001: “In the present case, the Court notes that the killings happened in September 1993 before the entry into force of the Convention with regard to Romania, i.e. 20 June 1994. However, in accordance with the generally recognised rules of international law, the Convention only applies in respect of each contracting party to facts subsequent to its coming into force for that party. The possible existence of a continuing situation must be determined, if necessary ex officio, in the light of the special circumstances of each case (e.g., Nos. 8560/79 and 8613/79 (joined), Dec. 3.7.79, D.R. 16, p. 209). The Court must therefore verify whether it is competent *ratione temporis* to examine the present complaint. It observes however that the alleged obligation under the Convention of the Romanian authorities to conduct an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of all individuals responsible for the deaths of the applicants’ relatives is derived from the aforementioned killings whose compatibility with the Convention cannot be examined by the Court. It follows that this complaint is incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3”.

⁴⁸ *Blečić, v. Croacia*, parag. 79: “Therefore, in cases where the interference pre-dates ratification while the refusal to remedy it post-dates ratification, to retain the date of the latter act in determining the Court’s temporal

La CorteIDH en cambio había llegado antes que el TEDH a independizar las obligaciones de perseguir y castigar de la necesidad de la previa constatación de un violación de la Convención Interamericana de Derechos humanos (cuando como vimos las mismas habían nacido como un desarrollo del derecho a un recurso efectivo por la violación de la misma y del deber de garantía de la Convención). Afirmaba tales deberes incluso por hechos cometidos con anterioridad a la ratificación de la Convención por el Estado demandado y calificaba su no cumplimiento como violación de la Convención⁴⁹. Ello en realidad supone una aplicación retroactiva de la CADH⁵⁰, contraria por tanto a la irretroactividad proclamada en artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁵¹. Como la Corte en puridad no podía sustentar estos deberes en la obligación de recurso por infracción de la Convención, que surgiría solo de la constatación de la violación sustantiva de la misma, los sustentó en la ficción⁵² de una violación continuada o permanente diferente⁵³, como por ej. una violación del derecho a la tutela judicial⁵⁴, o a la integridad moral de los supervivientes y familiares^{55/56}

jurisdiction would result in the Convention being binding for that State in relation to a fact that had taken place before the Convention came into force in respect of that State. However, this would be contrary to the general rule of non-retroactivity of treaties (see paragraphs 45 and 70 above). 80. Moreover, affording a remedy usually presupposes a finding that the interference was unlawful under the law in force when the interference occurred (*tempus regit actum*). Therefore, any attempt to remedy, on the basis of the Convention, an interference that had ended before the Convention came into force would necessarily lead to its retroactive application. 81. In conclusion, while it is true that from the ratification date onwards all of the State's acts and omissions must conform to the Convention (see *Yağcı and Sargin v. Turkey*, 8 June 1995, § 40, Series A no. 319-A), the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to that date (see *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 38, ECHR 2004-IX). Any other approach would undermine both the principle of non-retroactivity in the law of treaties and the fundamental distinction between violation and reparation that underlies the law of State responsibility".

⁴⁹ Comunidad Moiwana contra Surinam, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n. 124, § 43, afirmando una violación del Estado por infracción de su obligación de investigar, procesar y juzgar a los responsables de un hecho cometido antes de la ratificación de la Convención.. Esta forma de actuar se repite en los casos de desapariciones forzadas en los que la detención de la víctima se cometió con anterioridad a la ratificación de la Convención por el Estado demandado, con el argumento de que las distintas violaciones de los derechos humanos que suponen la desaparición forzada continúan produciéndose hasta que se da razón de la suerte o paradero de la víctima, y constituyen una violación continua de los arts. 8 y 25 de la Convención, en relación con los parientes véase por ej. *Serrano- Cruz Sisters v. El Salvador* (judgment of 23 November 2004, Preliminary Objections), parag. 85. Sobre la jurisprudencia que califica como violación de la Convención el no cumplimiento de las obligaciones de investigar y perseguir a pesar de que los hechos que motivarían tales obligaciones queden fuera de la jurisdicción de la Corte véase también ROHT-ARRIAZA, «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», *California Law Review*, (78), 1990, p. 484.

⁵⁰ AMBOS, *Impunidad y Derecho penal internacional*, 2ª ed., 1999, p. 139, muy crítico también ORMACHEA, «Recent developments: Moiwana village: the Inter-American Court and the "continuing violation" doctrine», *Harvard Human Rights Journal*, (19), 2006, p. 284 y ss.

⁵¹ "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

⁵² GIBSON, «True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court's Battle with Ratione Temporis», *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, (29), 2007, p. 154 y 158 y ss.

⁵³ ORMACHEA, *Human Rights Journal*, (19), 2006, pp. 284 y ss.

⁵⁴ En *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* la Corte afirma su competencia por violación de los arts. 8 y 25 relativos a la tutela judicial.

⁵⁵ En el caso Comunidad Moiwana contra Surinam la Corte concluyó violación del art. 5 (derecho a la integridad física y moral) por el sufrimiento causado a supervivientes y familiares por la ausencia de investigación.

⁵⁶ Sobre todo ello con mayor detalle GIL GIL en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, p. 321 y ss.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) venía negando de manera constante en sus decisiones que existiera violación del art. 2.3 del PIDCP cuando las violaciones de derecho humanos se hubiesen producido antes de la entrada en vigor del PIDCP. Y aunque por ej. una ley de amnistía que impide su persecución y castigo se haya promulgado después de esa entrada en vigor. Para ello se apoyaba en la literalidad del artículo, ya que el derecho al recurso solo nace desde que una violación del Pacto ha sido establecida, y para establecer una violación del Pacto tiene que estar vigente el Pacto en el momento de la violación⁵⁷. Pero en los últimos años, influido sin duda por las resoluciones de la CorteIDH, ha desarrollado paralelamente una doctrina que afirma que la no investigación de un hecho sucedido antes de la entrada en vigor del Pacto (hecho que por lo tanto no supuso una violación del mismo), puede constituir una violación permanente de la prohibición de tratos inhumanos, cometidos esta vez en las personas de los familiares, por la angustia y sufrimiento psicológico que la falta de conocimiento les produce⁵⁸.

En los últimos años, el TEDH influido también por las decisiones de la CorteIDH ha variado su jurisprudencia desarrollando la idea de las obligaciones procesales continuadas de las que hablamos en el epígrafe anterior que le permitirán también una aplicación retroactiva del Convenio. La más llamativa es la sentencia de 9 Abril 2009 en el caso Šilih v. Slovenia, en la que el TEDH independiza absolutamente la obligación de investigar, cuyo incumplimiento daría lugar a una violación del art. 2 (derecho a la vida) de la constatación de la existencia de una violación propia de dicho derecho a la vida. Por tanto podría exigirse esta obligación incluso por muertes cometidas antes de la entrada en vigor de la Convención y sin apelar a otras violaciones continuadas (como hace en cambio la CorteIDH que fundamenta su argumentación en la infracción del derecho de acceso a la justicia –lo que no es posible en el Convenio europeo⁵⁹- o en

⁵⁷ El Comité declaró la irretroactividad del Pacto incluso para los casos de desapariciones en los que la víctima seguía desaparecida. Véase *Y.S.E v. Argentina* (Comunicación No. 275 / 1988: Argentina. 04 / 04 / 90.CCPR/ C / 38 / D/ 275 / 1988 CCPR/ C / 38 / D/ 275 / 1988 4 de abril de 1990) y *RA VN et al. V. Argentina* (Comunicaciones No. 343, 344 y 345 / 1988: Argentina. 05 / 04 / 90. CCPR/ C / 38 / D/ 343 / 1988 CCPR/ C / 38 / D/ 343 / 1988 5 April 1990), *Acuña Inostroza et al v. Chile*, Communication No. 717 / 1996: 16 / 09 / 99. CCPR/ C / 66 / D/ 717 / 1996, *Yurich v. Chile* Communication No. 1078/2002, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002 (2005), decisión de 12 December 2005. Con detalle GIL GIL en *AMBOS/MALARINO/ELSNER* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, p. 321 y ss.

⁵⁸ *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006). Decisión de 28 marzo 2006

6.3 In conformity with its jurisprudence, (18) the Committee was of the view that it could not consider violations which occurred before the entry into force of the Optional Protocol for the State party unless those violations continued after the Protocol's entry into force. A continuing violation is to be interpreted as an affirmation, after the entry into force of the Optional Protocol, by act or by clear implication, of previous violations by the State party. The Committee took note of the authors' arguments concerning, first, the failure of the authorities to conduct an inquiry into the death of Thomas Sankara (which was public knowledge) and to prosecute those responsible - allegations which are not in fact challenged by the State party

12.2 Concerning the alleged violation of article 7, the Committee understands the anguish and psychological pressure which Ms. Sankara and her sons, the family of a man killed in disputed circumstances, have suffered and continue to suffer because they still do not know the circumstances surrounding the death of Thomas Sankara, or the precise location where his remains were officially buried".

⁵⁹ Nótese que tanto la redacción como la interpretación del derecho a un proceso equitativo y a un recurso son mucho más amplios en la Convención americana que en la europea. El art. 8 CADH regula las garantías judiciales, entre ellas el derecho de acceso a la justicia, y la CorteIDH, al contrario que el TEDH respecto del paralelo derecho europeo a un juicio justo, lo entiende también como un derecho de las víctimas y el 25 recoge el

el derecho a la integridad de los familiares). En mi opinión en esta sentencia el TEDH había ido demasiado lejos pues al independizarla de la previa constatación de la violación del art. 2, la afirmación de tal obligación de investigación carece de base legal, además de contradecir absolutamente su jurisprudencia anterior e incluso la doctrina del CDH, que por lo menos fundamentaba en estos casos la obligación independiente de investigar en la violación de otro derecho: la integridad de los familiares.

Podría afirmarse que un Estado que sistemática o habitualmente no investiga las muertes violentas favorece la comisión de violaciones del derecho a la vida, pero de ahí no puede derivarse la obligación de investigar una muerte concreta sucedida en el pasado, sino quizás tan solo la obligación de asegurar la investigación de todas las muertes que tuvieran lugar en el presente y futuro.

Para que esta doctrina no se convierta en una obligación de investigar todas las muertes de la historia de un país, el tribunal inventa una serie de requisitos o límites⁶⁰, en particular afirma que “debe existir un vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención en relación con el Estado demandado”, lo que no explica qué quiere decir. Posteriormente el Tribunal en *Varnava y otros v. Turquía*, sentencia de 18 Septiembre 2009⁶¹ ha interpretado que entre los requisitos a los que se refiere el caso *Šilih* está el de una proximidad temporal entre la muerte y su no investigación y la entrada en vigor de la Convención⁶². Pero tampoco se especifica hasta donde se extendería ese límite temporal ni cuál es su fundamento.

En la decisión de la que nos estamos ocupando el TEDH ha tenido ocasión de volver sobre estos límites a la doctrina establecida en el caso *Šilih*. Y, en contra de lo que se sugiere en la decisión final o más bien aunque éste no sea aparentemente el criterio decisorio, el tribunal parece esgrimir argumentos que no aluden exclusivamente a falta de diligencia de los demandantes o extemporaneidad de las demanda, sino a la racionalidad en la exigencia de determinadas

derecho al recurso por violación de los derechos reconocidos en la ley, la Constitución o la Convención, a diferencia del 13 CEDH que se refiere solo a la violación de derechos reconocidos por la Convención. Estas diferencias llevarán al TEDH a mantener necesariamente una argumentación distinta al intentar seguir el camino de la Corte

⁶⁰ Parag. 161. “However, having regard to the principle of legal certainty, the Court's temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended.

162. First, it is clear that, where the death occurred before the critical date, only procedural acts and/or omissions occurring after that date can fall within the Court's temporal jurisdiction.

163. Second, there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.

Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision – which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account (*Vo*, cited above, § 89) – will have been or ought to have been carried out after the critical date.

However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner”.

⁶¹ *Varnava y otros v. Turquía* 16064/90; 16065/90; 16066/90, Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 18/09/2009, Parag. 149: the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention applies only in the context of killings or suspicious deaths”.

⁶² En el caso *Šilih* la víctima había muerto un año antes de la entrada en vigor de la Convención para Eslovenia.

obligaciones al Estado. Así afirma que el art. 2 obliga al Estado durante el periodo en el que razonablemente se puede esperar de las autoridades que tomen medidas dirigidas a esclarecer las circunstancias de la muerte y dirimir responsabilidades. Como veremos a continuación, al examinar la aplicabilidad de la doctrina Varnava el tribunal vuelve a argumentar sobre la racionalidad de exigir una investigación pasado determinado periodo de tiempo. Además el tribunal reitera lo que ya afirmara en el caso Šilih: “La jurisdicción temporal del Tribunal en relación con el cumplimiento de las obligaciones procesales en el caso de acontecimientos que ocurren antes de la fecha crítica no es abierta, sin límite”. Como ya dijo entonces debe haber una conexión entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio, que como hemos visto se concreta también en una conexión temporal, que no se da en el presente caso pues los hechos no solo son anteriores a la entrada en vigor de la Convención para España, sino que ocurren 14 años antes de la propia adopción del Convenio Europeo de Derechos humanos.

Pocos días después de la decisión que es objeto de análisis en este artículo el TEDH ha dictado otra decisión de suma importancia que vuelve sobre los límites de la aplicación retroactiva, es decir, sobre los límites de las obligaciones procesales de investigar muertes cometidas antes de la entrada en vigor de la Convención. Se trata de la decisión en el caso Janowiec And Others V. Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09) de 16 Abril 2012, en la que se resuelve la demanda de los descendientes de víctimas de la matanza de Katyn contra Rusia por infracción de los artículos 2, 3 y 38 del CEDH. Los hechos se remontan a 1940, cuando más de 4000 oficiales polacos prisioneros del ejército soviético fueron asesinados en el bosque de Katyn, y hasta un total de 21,857 prisioneros fueron ejecutados por orden de Stalin en campos y prisiones. Durante años los soviéticos culpaban a los nazis de la matanza, hasta que en 1990 se inicia una investigación oficial y en 1992 el presidente ruso reconoce que las muertes fueron ordenadas por el gobierno soviético de la época. El proceso interno sin embargo se dificulta a partir de 2004 por diversas trabas de la administración rusa, como la declaración de secreto oficial de determinada documentación.

El tribunal recuerda los requisitos y límites ya establecidos en su jurisprudencia anterior respecto de la obligación de investigar muertes ocurridas antes de la entrada en vigor de la Convención. Con ellos ha tratado de ir perfilando aquel abstracto criterio de la conexión. El tribunal recuerda una vez más que la obligación de investigar no es ilimitada en el tiempo, que deben darse actuaciones procesales relevantes tras la entrada en vigor de la Convención, que debe darse una conexión entre la muerte y la entrada en vigor y que el tiempo transcurrido debe ser razonable⁶³.

⁶³ Puntos extraídos del parágrafo 132 y 134:

-“having regard to the principle of legal certainty, the Court’s temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended”

-“where the death occurred before the critical date, only procedural acts and/or omissions occurring after that date can fall within the Court’s temporal jurisdiction”

-“there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.”

-“a significant proportion of the procedural steps...will have been or ought to have been carried out after the critical date”

-“the lapse of time between the triggering event and the ratification date must remain reasonably short, if it is to comply with the “genuine connection” standard enunciated in the Šilih judgment.”

Ya este respecto repasa su jurisprudencia para afirmar que el periodo más amplio en el que hasta ahora ha retrocedido y que permitiría afirmar la existencia de la obligación procesal y la conexión requerida entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención ha sido por una muerte ocurrida 6 años antes⁶⁴. Por ello concluye que al haber transcurrido en el caso de la matanza de Katyn 58 años desde las muertes hasta la ratificación de la Convención⁶⁵ y al haberse llevado a cabo la mayor parte de las investigaciones antes de la ratificación, no se cumplen los requisitos exigidos.

Sin embargo el Tribunal en su jurisprudencia anterior había dejado abierta una última posibilidad de aplicación retroactiva aun cuando no se cumplan todos esos requisitos: “cuando sea necesario garantizar los valores subyacentes a la Convención”⁶⁶, lo que de nuevo introduce un amplio margen de inseguridad jurídica⁶⁷. Al examinar esta posibilidad el Tribunal afirma que para constatar esa especial conexión “el hecho en cuestión debe ser de una dimensión mayor que un delito de derecho común y constituir una negación de los fundamentos mismos de la Convención, como por ejemplo, los crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad”. Sin embargo añade, y esto es lo especialmente interesante: “A pesar de que estos delitos no están sujetos a prescripción en virtud de la Convención sobre la imprescriptibilidad a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁶⁸ ... ello no quiere decir que los Estados tienen un deber incesante de investigarlos”, pues como también apuntó en *Šilih v. Slovenia* aún en estos supuestos “la obligación procesal puede ser revivida si la información que supuestamente arroja nueva luz de las circunstancias de esos crímenes entra en el dominio público después de la fecha crítica. No puede ser el caso de que cualquier afirmación o alegación pueda desencadenar una nueva obligación de investigación de conformidad con el artículo 2 de la Convención”. La nueva información descubierta tras la ratificación de la Convención debe, por tanto, ser de peso suficiente y convincente para que active la competencia de la Corte para conocer de una infracción de la obligación procesal⁶⁹. El Tribunal concluye que tal supuesto no se da en el caso de la matanza de Katyn.

Interesante resulta también mencionar el voto separado y concordante los jueces KOVLER y YUDKIVSKA, quienes con razón cuestionan que Rusia fuera capaz de prever, al ratificar el Convenio en 1998, que ello tendría como consecuencia la obligación de juzgar hechos cometidos años antes de la redacción de la Convención. Para estos dos jueces el motivo de la falta de jurisdicción no es la falta de conexión relevante entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención, como argumenta la sentencia, sino de nuevo, y en línea con los argumentos

⁶⁴ Parágrafo 134, citando *Jularić v. Croatia*, no. 20106/06, 20 January 2011

⁶⁵ Parágrafo 137: “In the Court’s view, the period of time between the death and the ratification date is not only many times longer than those which triggered the coming into effect of the procedural obligation under Article 2 in all previous cases but also it is excessively long in absolute terms to establish any genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of Russia

⁶⁶ Parágrafo 132: “However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner (see *Šilih*, cited above, §§ 160-163)”.

⁶⁷ La indeterminación de esta cláusula se pone de manifiesto en el hecho de que con apoyo en la misma los jueces SPIELMANN, VILLIGER y NUSSBERGER afirman en su voto particular una violación del art. 2.

⁶⁸ De la que es parte la Federación Rusa.

⁶⁹ Parágrafo 139.

manejados en el caso de la guerra civil española, la falta de razonabilidad de la exigencia de una investigación capaz de llevar al enjuiciamiento de los culpables tantos años después de los hechos e incluso de la destrucción de las pruebas.

4.4. La aplicación retroactiva (II): la doctrina Varnava

Por otro lado el TEDH en los últimos años, en distintas sentencias principalmente contra Turquía⁷⁰, ha desarrollado la doctrina según la cual el hecho de que un Estado omita realizar una investigación eficaz destinada a aclarar el paradero y la suerte de personas “desaparecidas en circunstancias que ponen en riesgo la vida” constituye una violación persistente de su obligación procesal de proteger el derecho a la vida (una violación directa por tanto del artículo 2 del Convenio). Y la no investigación de la desaparición de una persona detenida supone así mismo una violación continuada del derecho a la libertad y seguridad (art. 5). Turquía alegó en estos casos la falta de competencia *ratione temporis* del Tribunal, (en puridad no se trataba de una aplicación retroactiva de la Convención que Turquía había ratificado 20 años antes de los hechos, sino solo de la competencia del Tribunal, que el Estado había reconocido con posterioridad) lo que llevó al TEDH a seguir la doctrina de la violación continuada.

Especialmente interesante dentro de la jurisprudencia que desarrolla esta doctrina es el caso Varnava y otros v. Turquía, juzgado en septiembre de 2009⁷¹. Se demandaba a Turquía por la desaparición en 1974 (¡34 años antes de la interposición de la demanda!) de 18 ciudadanos chipriotas tras su detención por el ejército turco en el norte de Chipre. El Tribunal tuvo la ocasión de analizar tanto las decisiones de la Corte IDH como las del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y tras afirmar que el Convenio no era aplicable a actos cometidos antes de su entrada en vigor⁷², concluyó que sin embargo en el presente caso la violación del art. 2 consistía precisamente en la falta de investigación de la suerte de *una persona desaparecida en una situación de peligro para su vida*. Esta violación sería totalmente independiente de la causación de la muerte o de la no investigación de la causación de la muerte, en tanto que estas últimas al no ser continuadas no eran de competencia de la Corte⁷³. El Tribunal trata así de no caer en una contradicción absoluta con su jurisprudencia anterior pero la argumentación, o más bien la falta de fundamentación de las excepciones y sus condiciones y límites, no evita la contradicción. En especial con la jurisprudencia constante hasta la sentencia en el caso Šilih, pero también con ésta al establecer unos límites temporales (aunque imprecisos) para la obligación de perseguir muertes anteriores a la vigencia de la convención, pero eliminar tales límites para el deber de investigar las desapariciones en situación de peligro para la vida. En este caso además el tribunal admite que se puede presumir la muerte de todas las víctimas y no se demuestra que esas personas sigan en peligro de muerte, a pesar de todo lo cual se afirma que el paso de 34 años no

⁷⁰ Sentencia del 10 de mayo de 2001, Cyprus v. Turkey, solicitud n.º 25781/94, párrafo 136 y 150; Varnava y otros v. Turquía, sentencia de 18 Septiembre 2009. Sobre esta sentencia véase JENKS, «Introductory Note to European Court of Human Rights: Varnava and Others v. Turkey», *International legal materials*, (2), 2010, pp. 358 y ss.

⁷¹ Varnava y otros v. Turquía, Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) sentencia de 18 Septiembre 2009.

⁷² Varnava y otros v. Turquía, sentencia de 18 Septiembre 2009, parag. 130.

⁷³ Ob. Cit. parag. 136.

elimina la obligación de investigar⁷⁴.

En el momento en que el Tribunal argumenta esta diferencia en la continuidad de los efectos de la desaparición que “prolonga el tormento de los familiares”, ya no está argumentando con base en la protección de la vida, sino de otros derechos, en cuya violación hubiera quizás podido fundamentar de manera más convincente su competencia.

El TEDH como ya hemos explicado, no podía apelar aquí tampoco, como suele hacerlo la CorteIDH al derecho a la justicia para argumentar la obligación de investigación, enjuiciamiento y castigo.

Esta doctrina del caso Varnava abría las puertas en principio a la posibilidad de que un Estado pueda ser responsable por no investigar su pasado histórico sin ningún tipo de límite más que el de la supervivencia de algún interesado legitimado para interponer la demanda ante los tribunales de derechos humanos. Es decir, abría la puerta a una aplicación retroactiva casi ilimitada del Convenio. Por ello ha sido criticada por la doctrina. Así, se pregunta ORMAECHEA⁷⁵: “Pero, ¿qué pasa si el hecho ocurrió hace cuarenta años? ¿Hace sesenta años? Ciertamente, pocas personas afirmarían la responsabilidad de un gobierno actual por hechos ocurridos a finales del siglo XIX”. Los tribunales de derechos humanos intentan con estas doctrinas un desarrollo de los derechos de las víctimas en busca de una justicia material, pero lo hacen peligrosamente a costa de la seguridad jurídica y principios tan esenciales como la irretroactividad de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales. Peligrosamente en tanto, como señala GIBSON⁷⁶, tal actitud desincentivará a los Estados de adquirir nuevas obligaciones en materia de derechos humanos que luego puedan serles exigidas retroactivamente⁷⁷.

En el caso de los crímenes de la guerra civil española, sin embargo, el TEDH parece introducir nuevos límites a esta doctrina del caso Varnava. Y de nuevo, aunque la razón del rechazo de la demanda es la falta de diligencia de los demandantes y su tardanza en acudir al tribunal, que sitúa la demanda fuera de plazo, el tribunal en su argumentación incluye referencias a la racionalidad de la exigencia de obligaciones a los Estados cuando afirma que con el paso del tiempo las pruebas se pierden y la investigación se hace cada vez más difícil.

⁷⁴ Ob. Cit. § 146. Las numerosas contradicciones están puestas claramente de manifiesto en el voto particular del juez ERÖNEN: “In line with my views that a presumption of death should be made, I also agree therefore with the majority that there is “strong circumstantial evidence that they have died” and that this itself does not prevent a procedural obligation from arising. However, where I differ is that this duty's existence depends on whether the Court does have temporal jurisdiction regarding the procedural obligation in the first place, which in line with the principles set down in the recent Grand Chamber judgment of Šilih, it does not. I also concur whole-heartedly with the reasoning of Judges Bratza and Türmen in the Šilih case, looking beyond the “detachable” obligations of Article 2's procedural aspect: “Divorcing the procedural obligation from the death which gave rise to it in this manner would, in our view, be tantamount to giving retroactive effect to the Convention and rendering nugatory the State's declaration recognising the Court's competence to receive individual applications.”

⁷⁵ ORMAECHEA, *Human Rights Journal*, (19), 2006, pp. 287.

⁷⁶ GIBSON, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, (29), 2007, p. 166

⁷⁷ Y en el mismo sentido GIL GIL, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, 2011, p. 331.

Sin embargo en mi opinión toda la doctrina Varnava es cuestionable, pues parece quedar al arbitrio del tribunal el decidir que tiene sentido exigir una investigación de hechos ocurridos 35 años atrás pero no de hechos sucedidos hace 76 años. ¿En qué momento o condiciones la obligación de investigar hechos cometidos antes de la entrada en vigor del Convenio aparece como tan gravosa o difícil de cumplir que carece de sentido exigirla? ¿Depende ello solo de la inactividad del demandante durante años o puede afirmarse la irracionalidad de exigir una investigación sucedida hace tanto tiempo que lo más probables es que no existan ya testigos, pruebas y hasta los presuntos autores hayan fallecido? Hubiera sido de agradecer que el tribunal hubiera concretado algo más todos estos aspectos de una doctrina en si misma ya rechazable.

4.5. La desaparición de un familiar como tortura o trato inhumano

El TEDH también ha desarrollado la idea, proveniente como se explicó supra de la jurisprudencia de la CorteIDH y asumida también por el CDH, de que la detención seguida de la falta de noticias sobre la suerte o paradero de un familiar puede suponer la violación del art. 3 (prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes) cometida en la persona del familiar del desaparecido. Pero para ello exige que se den varias circunstancias: un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de reacción y/o respuesta, y la actitud consiguiente de las autoridades estatales competentes ante tales demandas⁷⁸. En el caso de los crímenes de la guerra civil al rechazarse la demanda en este punto por el mismo motivo de extemporaneidad el tribunal no entra a analizar si concurren los requisitos exigidos para afirmar la violación del derecho en las personas de la hija (fallecida antes de que el TEDH dictara su resolución) y el nieto de la víctima.

Prueba de que la jurisprudencia del TEDH alrededor de las doctrinas de las violaciones permanentes y las obligaciones por hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención está en constante evolución la encontramos de nuevo en la decisión *Janowiec And Others V. Russia* (Applications nos. 55508/07 and 29520/09) de 16 Abril 2012. El Tribunal recuerda que la posible violación del art. 3 por no dar información a los familiares sobre la muerte o la suerte de la víctima es independiente y diferente de la constatación de una violación del art. 2. Además señala las diferencias entre la obligación procesal del art. 2 y la obligación de respecto a los familiares derivada del art. 3. Aún siendo ambas obligaciones de medios y no de resultados, la primera se refiere a la obligación del Estado de tomar las medidas legales para posibilitar la identificación y enjuiciamiento de los responsables, mientras que la segunda tiene una naturaleza mas general y humanitaria. E insta a las autoridades a reaccionar ante la difícil situación de los familiares de los muertos o desaparecidos de una manera humana y compasiva⁷⁹.

El tribunal recuerda los datos a tener en cuenta para constatar una violación del art. 3: la proximidad del vínculo familiar, las circunstancias particulares de la relación, la medida en que el miembro de la familia ha sido testigo de los hechos en cuestión, la participación del miembro de

⁷⁸ CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), 2009, p. 607.

⁷⁹ Parag. 150 y ss.

la familia en los intentos de obtener información sobre la persona desaparecida. Y limita la violación del art. 3 respecto de las viudas e hijos de las víctimas que hubieran tenido una relación directa con sus padres, mientras que la excluye respecto de hijos que no llegaron a conocer a las víctimas, nietos y sobrinos. Al respecto el sufrimiento de crecer sin padre o de no saber de un pariente más lejano (abuelo, tío) no es para el tribunal el descrito en el art. 3 del Convenio. Respecto de la viuda y los nueve hijos que conocieron a las víctimas en el caso de la matanza de Katyn el Tribunal considera, en cambio, que el enfoque elegido por los tribunales y autoridades rusas ha demostrado una total indiferencia por las preocupaciones de los demandantes y ha sido oprobiosa y carente de humanidad. Actitud que no queda desvirtuada por meras declaraciones políticas sin consecuencias prácticas. Según el Tribunal las obligaciones derivadas del art. 3 no se limitan al reconocimiento de la muerte sino que se extienden, y esto aun cuando el Estado no fuera legalmente responsable de la muerte o desaparición, a mostrar una actitud respetuosa y compasiva con los familiares y a asistirles en la obtención de información.

Lo más llamativo de la decisión en este aspecto sin embargo es puesto de manifiesto por el voto discrepante de los jueces JUNGWIERT y KOVLER. Y es que la afirmación de una violación del art. 3 cometida en la persona de los familiares se basaba hasta ahora en la idea de la incertidumbre que sufrían los familiares al desconocer la suerte de la persona desaparecida. En cambio en la decisión que comentamos el tribunal descarta la desaparición dando por cierta la muerte (hecho instantáneo), por lo que el tribunal parece haber cambiado el fundamento de la violación del art. 3, en opinión de los dos jueces disidentes, sin base en su jurisprudencia anterior. En efecto, parece que ahora el trato inhumano ya no radica en el sufrimiento causado al familiar que no sabe si su ser querido está vivo o muerto, sino en el trato desconsiderado del Estado para con los familiares de personas fallecidas. Que este último alcance la gravedad equiparable al primero para ser considerado una violación del art. 3 parece más que discutible y en todo caso merecía una mayor argumentación del tribunal.

5. Conclusiones

El TEDH parece haber resuelto el tema de las víctimas de la guerra civil y del franquismo de la forma más cómoda para él, es decir, evitando pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas más peliagudas y discutidas, que en muchas ocasiones su propia jurisprudencia había suscitado. Al no entrar en el fondo del asunto sino rechazar la demanda en todos sus puntos por extemporaneidad, con el argumento de que los demandantes pudieron acudir al tribunal desde 1981, cierra las puertas a todas las víctimas, incluidas las de las últimas etapas del franquismo. Y elude pronunciarse sobre temas tan difíciles y debatidos como la compatibilidad de la ley de amnistía con los convenios de derechos humanos u otros textos internacionales o la posibilidad/obligación⁸⁰ de aplicación retroactiva de las figuras del Derecho penal internacional y de su pretendido régimen especial en materias como el principio de legalidad, la prescripción, etc.

⁸⁰ En contra de tal idea me he manifestado en GIL GIL, *ADPCP*, (63), 2011, pp. 131 y ss.

En relación con la posible responsabilidad del Estado, sin desdecirse de su jurisprudencia anterior en la que abría el camino a una, en mi opinión rechazable, aplicación retroactiva del Convenio, el Tribunal parece ponerle ciertos límites, relativos a la diligencia de los demandantes, pero también a la racionalidad en las obligaciones impuestas a los Estados por hechos anteriores a la entrada en vigor del Convenio. Sin embargo hubiera sido deseable que estos límites aparecieran mejor definidos y argumentados. La proliferación de excepciones y la frecuente utilización de criterios indeterminados para definirlos, que el Tribunal va concretando en cada caso, genera una gran inseguridad jurídica.

En el caso de la matanza de prisioneros polacos durante la Segunda Guerra Mundial el Tribunal ha seguido aplicando y concretando los límites a la aplicación retroactiva del Convenio, pero por el contrario ha ampliado el concepto de violación del art. 3 por la no información a los familiares sobre los detalles de la muerte de un ser querido.

6. Bibliografía

Kai AMBOS/M^a Laura BÖHM (2011), «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. tribunal audaz?» en Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO/Gisela ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 43-70.

Kai AMBOS (2008), *El marco jurídico de la justicia de transición*, (traducción al castellano de Ezequiel MALARINO), Temis, Bogotá.

- (1999), *Impunidad y Derecho penal internacional*, 2^a ed., Ad Hoc, Buenos Aires.

- (2009), «Prólogo a Alicia Gil Gil», en GIL GIL, *La Justicia de transición en España*, Atelier, Barcelona, 2009.

Guillermo BENLLOCH PETIT (2006), «Delitos contra la Administración de Justicia» en Jesús María SILVA SÁNCHEZ (dir.)/Ramón RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, pp. 331 a 356.

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ/Lidia VICENTE MÁRQUEZ (2010), «La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (19), accesible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3427376> (último acceso 6 de abril de 2012).

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ (2009), «Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman,

Osman Karademir, Osmanoğlu, Balçık y otros, contra Turquía», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), pp. 591-615.

- (2007), *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid.

Javier DONDÉ MATUTE (2010), «El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO/Gisela ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 263-294.

Joan GARCÉS (2010), «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo» en TAMARIT SUMALLA (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, pp. 175 -192.

Mercedes GARCÍA ARÁN (2009), «Repercusiones penales de la ley de amnistía de 1977» en VVAA, *30 años de la Ley de Amnistía: (1977-2007)*, Dykinson, Madrid, pp. 187-192.

T. Russell GIBSON (2007), «True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court 's Battle with Ratione Temporis», *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, (153). Accesible en <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol29/iss1/6> (último acceso 6 de abril de 2012).

Alicia GIL GIL (2012), «Breve comparación de los mecanismos de superación del pasado adoptados en las transiciones brasileña y española» en VVAA, *Transición y gobernabilidad. La administración de la Defensa en Brasil y España*, IUGM, Madrid.

- (2011), «La fertilización cruzada de jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena», *Revista de Derecho penal*, pp. 111 a 144.

- (2011), «La excepción al principio de legalidad del n. 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (63), pp. 131 a 164.

- (2011) «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO/Gisela ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, v. II, Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 301-334.

- (2009), *La Justicia de transición en España*, Atelier, Barcelona.

Elena MACULAN (2012), «Límites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y del papel del juez-historiador: La aportación de la STS 101/2012», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (8), en prensa.

Ezequiel MALARINO (2010), «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO/Gisela ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 25-62.

Pablo ORMACHEA (2006), «Recent developments: Moiwana village: the Inter-American Court and the “continuing violation” doctrine», *Harvard Human Rights Journal*, (19-283).

Andrés PALOMO DEL ARCO (2011), «art. 446» en GÓMEZ TOMILLO (coord.) *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, pp. 1651 a 1656.

Pablo PARENTI (2010), «La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos» en Kai AMBOS/Ezequiel MALARINO/Gisela ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 211-228.

Daniel R. PASTOR (2005), «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva doctrina penal*, (1), pp. 73-114.

- (2007) «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?», *Jueces para la Democracia*, (59).

Naomi ROHT-ARRIAZA (1990), «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», *California Law Review*, (78), pp. 451 -505.

Anja SEIBERT-FOHR (2009), *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford University Press, Oxford.

Josep María TAMARIT SUMALLA (2011), «Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain», *Journal of International Criminal Justice*, (9), pp. 729 a 752.

- (2010), «Justicia penal, Justicia reparadora y comisiones de la verdad» en EL MISMO (coord.), *Justicia de Transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, pp. 45 a 72.

- (2009), «Amnistía y transición» en VVAA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* v. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1807-1838.

Juan TERRADILLOS BASOCO (2010), «La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica», *Revista Penal*, (25), pp. 151-166.

Mónica ZAPICO BARBIETO (2010), «La investigación de los crímenes del franquismo: Entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (14), pp. 891-927.

7. Tabla de jurisprudencia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
AJCI nº.5, 16.10.2008	Baltasar Garzón	
AAN, 02.12.2008	Javier Gómez Bermúdez	
STS, 27 .02. 2012	Andrés Martínez Arrieta	
ATS, 28.03.2012	Perfecto Andrés Ibáñez	
TEDH, 16734/90, <i>Décision de la Commission</i> , 02.09.1991		<i>Dujardin et autres c. France</i>
STEDH, 19.02. 1998		<i>Kaya v. Turquía</i>
TEDH, 37900/97, <i>Decisión sobre la admisibilidad</i> 26.10. 1999		<i>Erikson v. Italy</i>
TEDH, <i>partial decision as to the admissibility</i> , 13.03.2001		<i>Moldovan y otros v. Rumania</i>
STEDH, 25781/94, 10.05. 2001, ,		<i>Cyprus v. Turkey</i>
STEDH, 32446/96, 02.10.2004		<i>Abdiisamet Yaman v. Turkey</i>
STEDH [GC], 59532/00, 08.03. 2006		<i>Blečić, v. Croacia</i>
STEDH, 42942/02, 08.04.2008		<i>Ali y Ayşe Duran v. Turkey</i>
STEDH, 33750/03, 13.01.2009,		<i>Yeter v. Turkey</i>
STEDH, 13113/03, 17.03. 2009		<i>Ould Dah c. France</i>
STEDH [GC], 71463/01, 09 .04. 2009		<i>Šilih v. Slovenia</i>
STEDH [GC], 16064/90; 16065/90; 16066/90, 18.09. 18.09.2009		<i>Varnava y otros v. Turquía</i>
STEDH [GC], 36376/04, 17 .05.2010		<i>Kononov v. Letonia</i>
TEDH, 30141/09, <i>Decisión de inadmisibilidad</i> 27.03.2012		<i>Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz v. España,</i>
STEDH, 55508/07 29520/0 16.04.2012		<i>Janowiec And Others V. Russia</i>
SCorteIDH, 14.03.2001 <i>serie C, n.o 75,</i>		<i>Barrios Altos contra Perú</i>

<i>SCorteIDH, 18.09. 2003, Serie C, n.o 100</i>	<i>Bulacio contra Argentina</i>
<i>SCorteIDH 23.11. 2004, Serie C, n.o 128</i>	<i>Hermanas Serrano- Cruz v. El Salvador</i>
<i>SCorteIDH, 15.06.2005, Serie C, n.o 124</i>	<i>Comunidad Moiwana contra Surinam,</i>
<i>SCorteIDH, 26.09.2006, serie C, n.o 154</i>	<i>Almonacid Arellano y otros contra Chile</i>
<i>SCorteIDH, 24.11.2010, Serie C no. 213</i>	<i>Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil</i>
<i>SCorteIDH 24.02. 2011 Serie C no. 221</i>	<i>Gelman v. Uruguay</i>
